

TAR Lazio, Sezione Seconda Bis, Sentenza n. 4997 del 10 marzo 2025

Appalti pubblici – Avvalimento c.d. di garanzia – Requisiti di ordine speciale – Non possono essere richiesti all'impresa ausiliaria

Publicato il 10/03/2025

N. 04997/2025 REG.PROV.COLL.

N. 14169/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60, 74 e 120, comma 5, cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 14169 del 2024, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti (...);

di Ministero (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Ministero (...), in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, Ministero (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* a Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

di Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

A) In via principale, per l'annullamento,

previa adozione delle idonee misure cautelari,

degli atti della gara indetta *ex art.* 74 D. Lgs. 36/2023 (procedura di dialogo competitivo “*per l'affidamento della fornitura di strutture per il miglioramento e la meccanizzazione della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani secondo le attività previste dal progetto «R(i)eti di raccolta differenziata», finanziato dall'Unione Europea con fondi next generation eu – piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) – D.M. M.I.T.E. n. 396 del 28 settembre 2021 – m2c1.1i1.1 – linea d'intervento a – cup: f11e22000570001*”), con particolare riferimento all'aggiudicazione e, per l'effetto, aggiudicare la gara in favore della ricorrente;

B) sempre in via principale, dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dall'Amministrazione con l'aggiudicataria e quindi disporre il subentro della ricorrente;

C) in via subordinata, qualora non venisse dichiarata l'inefficacia del contratto, condannare l'Amministrazione a risarcire il danno patito dalla ricorrente, da liquidarsi anche in via equitativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.r.l., di Ministero (...), di (...) S.p.A., di Ministero (...), di (...) e di Ministero (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2025 il Dott. Christian Corbi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 18.12.2024 e depositato in data 27.12.2024, (...) S.r.l. (di seguito *breviter* anche “(...)”) adiva l’instato Tribunale nei confronti di (...) S.p.A., quale parte resistente, nonché di Comune di (...), di (...) S.r.l. e di Ministero (...), quali controinteressati, al fine di sentir, previa adozione delle idonee misure cautelari:

a) in via principale, disporre l’annullamento degli atti della gara indetta *ex art. 74 D. Lgs. 36/2023* (procedura di dialogo competitivo “*per l’affidamento della fornitura di strutture per il miglioramento e la meccanizzazione della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani secondo le attività previste dal progetto «R(i)eti di raccolta differenziata», finanziato dall’Unione Europea con fondi next generation eu – piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) – D.M. M.I.T.E. n. 396 del 28 settembre 2021 – m2c1.1i1.1 – linea d’intervento a – cup: (...)*”) sopra meglio emarginati, con particolare riferimento all’aggiudicazione e, per l’effetto, aggiudicare la gara in favore della ricorrente;

b) sempre in via principale, dichiarare l’inefficacia del contratto eventualmente stipulato dall’Amministrazione con l’aggiudicataria e quindi disporre il subentro della ricorrente;

c) in via subordinata, qualora non venisse dichiarata l’inefficacia del contratto, condannare l’Amministrazione a risarcire il danno patito dalla ricorrente, da liquidarsi anche in via equitativa.

A sostegno del ricorso, la ricorrente enucleava le doglianze che verranno di seguito esaminate.

2. In data 27 dicembre 2024, si costituiva in giudizio (...) S.p.A. (di seguito *breviter* anche “(...)”), contestando la ricostruzione di parte ricorrente e insistendo nel rigetto del ricorso.

3. In data 2 gennaio 2025, si costituiva in giudizio (...) S.r.l., contestando la

ricostruzione di parte ricorrente e insistendo nel rigetto del ricorso.

4. In data 9 gennaio 2025, si costituiva in giudizio Ministero (...), contestando la ricostruzione di parte ricorrente e insistendo nel rigetto del ricorso.

5. Benchè reso edotto della pendenza della lite, il Comune di (...) decideva di rimanervi estraneo.

6. Alla camera di consiglio del 29 gennaio 2025, il Collegio, rilevato che la procedura di gara che in questa sede ci occupa è relativa a un progetto finanziato con fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), disponeva l'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 12 *bis* D.L. n. 68 del 16.6.22 (conv. L. n.108 del 2022), nei confronti del Ministero (...), della (...) e del Ministero (...).

7. In data 25.2.2025, il Ministero (...), la (...) e il Ministero (...) si costituivano in giudizio, contestando la ricostruzione di parte ricorrente e insistendo nel rigetto del ricorso.

8. Alla camera di consiglio del 26 febbraio 2025, il Collegio, dato avviso alle parti *ex artt.* 60, 74 e 120, comma 5, c.p.a., tratteneva la causa in decisione.

9. Sussistono le condizioni per la definizione del presente giudizio con la sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 120, comma 5, 74 e 60 c.p.a., sentite sul punto le parti costituite, trascorso il termine dimezzato di dieci giorni dalla notificazione del ricorso, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, in assenza della volontà delle parti di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.

Tanto premesso, parte ricorrente ha impugnato gli atti di gara indetta *ex art.* 74 c.c.p. dall'(...) S.p.A. - in qualità di "gestore" e quindi di stazione appaltante *ex art.* 3 della convenzione da quest'ultima stipulata con il Comune di (...) in data 29 dicembre 2023 - conclusasi con la seguente graduatoria: a) (...) (p. 81,500); b) (...) s.r.l. (80,310); c) (...) S.r.l. (79,057).

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato le seguenti censure.

10. Con il primo motivo, viene eccepita l'invalidità del contratto di avvalimento (doc. 20 indice di parte ricorrente) intercorso tra (...), quale impresa ausiliata, ed (...), quale impresa ausiliaria, in quanto quest'ultima non avrebbe dichiarato, come invece previsto dall'art. 91, comma 3, c.c.p., di essere in possesso dei requisiti di ordine speciale di cui all'art. 100 c.c.p.

Tra i requisiti "di ordine speciale" di cui all'art. 100, comma 1, lett. a) c.c.p. si colloca il requisito dell' "idoneità professionale"; e poiché l'art. 6 del disciplinare di gara (doc. 4 indice di parte ricorrente) prevedeva, tra i requisiti di idoneità professionale, a pena di esclusione, "l'iscrizione nel registro delle imprese avente come attività prevalente esercitata la costruzione e/o commercializzazione di manufatti in materiale plastico e/o altri materiali destinati alla raccolta dei rifiuti e articoli di arredo urbano", l'impresa ausiliaria avrebbe dovuto non solo menzionare siffatto requisito, ma possederlo effettivamente.

Senonchè, dalla disamina della visura camerale a carico di (...) (doc. 23 indice di parte ricorrente), versata in atti dalla ricorrente, si ricaverebbe che quest'ultima svolge, prevalentemente, attività di "*installazione di impianti elettrici in edifici o in altre opere di costruzione*", cosicchè difetterebbe il requisito in esame.

Sul punto, (...) ha controdedotto che siffatta omissione non rilevarebbe nel caso di specie, in quanto il contratto di avvalimento che viene in rilievo, avendo funzione di garanzia, mirerebbe unicamente a garantire la stazione appaltante circa la solidità economica dell'operatore economico, in disparte la tipologia di attività da cui esso ricava i propri redditi (ossia in disparte la circostanza che tale attività sia comunque riconducibile, o meno, all'oggetto dell'appalto). In altre parole, l'impresa ausiliaria in forza di contratto di avvalimento di garanzia non sarebbe tenuta a indicare, né tantomeno a possedere, i predetti requisiti di ordine speciale, attenendo essi all'effettiva realizzazione delle opere appaltate e non invece al richiamato rapporto di garanzia.

Il motivo è infondato.

Ai fini che qui interessano, viene in considerazione l'avvalimento di garanzia che, benchè non previsto dall'art. 104 del vigente codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 36/2023), rinviene il proprio fondamento normativo nella Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D.lgs. n. 36/2023 è attuativo), sotto la voce di "*contratto di affidamento*" (TAR Genova, n. 462/2024). Pertanto, la possibilità dell'operatore economico di porre in essere un avvalimento di garanzia o, più precisamente, un affidamento sulle capacità di altri soggetti per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti, è tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta delle suddette disposizioni autoesecutive.

Pertanto, ben può essere invocata, nel caso di specie, la distinzione elaborata dalla giurisprudenza amministrativa sotto la vigenza del precedente art. 89 del D.lgs. n. 50/2016 tra: a) avvalimento "tecnico-operativo", finalizzato a mettere a disposizione i requisiti tecnico-organizzativi, per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate; b) avvalimento di "garanzia", finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione) delle risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

Ciò posto, il quesito giuridico che il Collegio è chiamato a risolvere, in questa sede, consiste nello stabilire se l'impresa ausiliaria, in chiave di avvalimento di garanzia, sia comunque gravata della dichiarazione, da effettuarsi nel documento unico di gara europeo di cui all'art. 91, comma 3, in ordine al possesso dei requisiti "di ordine speciale" di cui all'art. 100, comma 1, lett. a) c.c.p., tra cui si colloca il requisito dell' "idoneità professionale".

Sul punto, il Tribunale opina in senso negativo.

In primo luogo, le norme appena richiamate, essendo esse espressamente riferite all'avvalimento tecnico-operativo, non possono essere estese, sulla base

dell'argomento letterale, all'avvalimento di garanzia, come detto non disciplinato dall'art. 104 D. Lgs. 36/2023 (e a differenza del precedente art. 89 D. Lgs. 50/2016).

In secondo luogo, assolvendo l'impresa ausiliaria al solo scopo di garantire la stabilità economica dell'impresa ausilitata, alla prima non può essere richiesto, essendo essa estranea alla materiale esecuzione delle opere oggetto dell'appalto, alcuna idoneità professionale di tal fatta.

Del resto, come chiarito dal C.d.S. (sent. nn. 3822/2021, 2527/2018), presupposto imprescindibile per il contratto di avvalimento è solo quello che sia il concorrente, sia l'impresa ausiliaria posseggano i requisiti di carattere generale richiesti dal codice per poter validamente contrarre con la pubblica amministrazione; pertanto entrambi i soggetti devono depositare idonea documentazione a dimostrazione della propria regolarità morale, fiscale e contributiva. Con la conseguenza per la quale la dichiarazione del possesso dei requisiti di ordine speciale, sub specie di idoneità professionale, da parte dell'impresa ausiliaria, trova applicazione unicamente in riferimento all'avvalimento tecnico – operativo e non anche a quello di garanzia.

Del resto, l'idoneità professionale – che deve essere distinta dalla capacità tecnico-professionale (attenendo quest'ultima alla titolarità di un requisito abilitativo comprovato dall'iscrizione negli appositi albi professionali) – consiste nell'esperienza concreta dell'operatore economico e nulla ha a che vedere con la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico, espressa mediante avvalimento di garanzia.

11. Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente si duole della circostanza per la quale il contratto di avvalimento di cui si è detto sarebbe nullo perché l'ausiliaria non avrebbe attestato di essere in possesso dei requisiti di ordine generale (di cui agli artt. 94, 95 e 98) e di ordine speciale (di cui agli artt. 100 e 103 c.c.p.), cosicché la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 104, comma 6, avrebbe dovuto escludere

(...) S.r.l.

Anche tale motivo è infondato.

L'art. 91, comma 3, in combinato disposto con l'art. 104, comma 6, prevede che l'impresa ausiliaria debba attestare, tramite il documento di gara unico europeo, il possesso, in capo a essa, dei relativi requisiti di ordine generale e speciale secondo le modalità di cui agli artt. 91 e 105 c.c.p., a pena di esclusione.

Orbene, dalla disamina del documento di gara unico europeo a firma dell'impresa ausiliata, (...) (doc. 22 indice di parte ricorrente), si ricava che essa ha fornito le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ordine generale (di cui agli artt. 94, 95 e 98), escludendo di vertere in ipotesi di esclusione automatica dalla gara. Pertanto, l'onere in esame, in relazione ai requisiti di ordine generali, risulta regolarmente assolto.

Quanto invece all'omessa indicazione dei requisiti di ordine speciale, vale quanto detto in riferimento al primo motivo di ricorso, cosicché l'omissione in esame deve ritenersi legittima.

12. Con il terzo motivo di ricorso, il ricorrente si duole della nullità del contratto di avvalimento perché esso, in violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, non specificerebbe *“le risorse strumentali e umane che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente”* e siffatta omissione, sempre in virtù della richiamata previsione del disciplinare, non sarebbe sanabile.

Il motivo è infondato.

In primo luogo, il contratto di avvalimento in esame esplicita di essere diretto a colmare l'omesso possesso, da parte dell'ausiliata, del requisito della capacità economica e finanziaria di cui all'art. 6.3. del disciplinare di gara. Tale disposizione poneva a carico del concorrente la prova della sussistenza, in capo a esso, di aver eseguito, nel triennio precedente dalla data di indicazione della procedura di gara, forniture e prestazioni analoghe presso enti pubblici o privati di importo complessivo non inferiore a € 712.379,41.

Ebbene sotto tale aspetto, la dichiarazione di avvalimento a firma dell'ausiliata (doc. 21) indica il fatturato della stessa in relazione agli anni 2020, 2021 e 2022, menzionando, per tutti e tre gli anni, importi ben maggiori rispetto a quello sopraindicato.

D'altra parte, trattandosi di avvalimento di garanzia, l'unico requisito che deve essere indicato, quale unico requisito effettivamente messo a disposizione dall'ausiliaria, è quello del fatturato, non dovendosi, né potendosi, enucleare “*le risorse umane e strumentali*” (cfr. Consiglio di Stato n. 1647 del 2023).

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa (TAR Napoli n. 3016/2024), ha infatti chiarito che “*a seconda che si abbia riguardo all'avvalimento di garanzia ovvero tecnico/operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria, in quanto (solo) in caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, di mezzi e risorse specifiche (e specificamente indicate nel contratto), indispensabili per l'esecuzione dell'appalto*”.

In secondo luogo, in disparte quanto precede, la giurisprudenza amministrativa (C.d.S., sentenza n. 6711/2021) ha limitato tale obbligo di previsione solamente all'avvalimento operativo (ossia a quello concernente requisiti per l'esecuzione dell'appalto) e non anche a quello di garanzia (che assolve alla funzione di garantire la stazione appaltante dalla solidità economica dell'operatore economico), escludendo per tale ultimo tipo di avvalimento l'obbligo di indicare in via preventiva, come detto comunque indicate, le risorse finanziarie che l'ausiliaria metterà a disposizione dell'ausiliata.

13. Con la quarta doglianza, la ricorrente si duole dell'erronea valutazione, da parte della stazione appaltante, dell'offerta tecnica, quanto al criterio *sub* 2, e quindi dell'altrettanto erronea assegnazione del relativo punteggio.

In particolare, l'art. 17, comma 1, del disciplinare di gara, nonché l'art. 15 della lettera d'invito (doc. 1 indice di parte ricorrente) – nel disciplinare le modalità di attribuzione del punteggio in relazione all'offerta tecnica – ha previsto, quanto al

criterio di cui al *sub* 2 (manutenzione degli impianti oltre il termine minimo obbligatorio di 5 anni), un *bonus* fisso di 5 punti, oltre a 1 punto in aggiunta per ogni semestre, successivo al periodo obbligatorio quinquennale, di manutenzione degli impianti oggetto di appalto, fermo il limite massimo di punti 10.

Sotto tale aspetto, poiché la ricorrente si sarebbe, nella propria offerta tecnica, impegnata a effettuare la manutenzione per l'ulteriore periodo di 60 mesi, essa avrebbe dovuto conseguire il punteggio massimo di 10 punti e non invece di 8; di contro, (...), che invece non avrebbe garantito la manutenzione degli impianti per alcun periodo ulteriore rispetto a quello quinquennale obbligatorio (doc. 24 indice di parte ricorrente, pag. 15), avrebbe dovuto conseguire, in relazione al criterio n. 2, il punteggio pari a 0 e non invece pari a 5.

Il motivo è infondato.

L'art. 15 della lettera d'invito, in riferimento al criterio in esame, così recita: *“servizio di manutenzione e assistenza programmata offerto per isole ecologiche informatizzate, con indicazione delle modalità e della durata nel periodo successivo all'installazione delle isole (1 punto ogni sei mesi oltre i primi cinque anni obbligatori); punteggio massimo 10, da attribuirsi discrezionalmente”*.

Ciò posto, deve essere premesso come l'art. 15 in esame affermi, espressamente, la piena discrezionalità da parte della stazione appaltante nell'attribuzione del punteggio in relazione al criterio *sub* 2 dell'offerta tecnica, cosicché deve essere escluso, ai fini che qui interessano, qualsivoglia automatismo nell'attribuzione dei 10 punti previsti dal criterio in esame.

Ritenuto quindi che il Collegio può procedere a un sindacato estrinseco circa l'esercizio della predetta discrezionalità da parte della stazione appaltante, esso appare logico e coerente, e non viziato da eccesso di potere, quanto all'attribuzione degli 8 punti in favore della ricorrente (che invece ne pretenderebbe 10). E ciò in quanto, come precisato da (...), la ricorrente si è sì impegnata a effettuare la manutenzione degli impianti oggetto dell'appalto per 60 mesi oltre il termine

minimo obbligatorio di 5 anni, ma solo per i primi 36 la manutenzione in parola sarebbe avvenuta sul territorio, mentre per la restante parte “da remoto”.

E' quindi legittimo il contegno di (...) di non tributare, a tale titolo, a (...) il massimo (punti n. 10) del punteggio previsto dal criterio sub 2 in esame, ma solo il minore pari a n. 8.

Quanto al punteggio attribuito dalla stazione appaltante, a tale titolo, all'aggiudicataria, esso risulta del pari espressione di un potere discrezionale logico e non viziato da eccesso di potere.

A p. 13 e 14 dell'offerta tecnica (doc. 16 indice di (...)), al paragrafo IX, rubricato “*servizio di manutenzione e assistenza programmata offerto per isole ecologiche informatizzate, con indicazione delle modalità e della durata nel periodo successivo all'installazione delle isole; Elenco e descrizione degli interventi*”, si legge: “*durata nel periodo successivo all'installazione delle Isole: 5 anni come da minimo richiesto dal contratto più 5 anni aggiuntivi (10 semestri aggiuntivi come massimo punteggio premiante da tabella)*”.

Pertanto, ritiene il Collegio che anche la (...) S.r.l., così come la ricorrente, abbia offerto alla Stazione Appaltante il medesimo servizio aggiuntivo e, come tale, anch'essa è meritevole di un incremento del punteggio.

14. La reiezione della domanda principale di cui al *sub a)*, circa l'annullamento dell'aggiudicazione, importa la reiezione della domanda di cui al *sub b)*, sempre spiegata in via principale (di tipo cumulativo), circa la condanna dell'Amministrazione a far subentrare la ricorrente nel contratto per cui causa, stante l'incompatibilità logica di tale ultimo libello con il primo (*sub a)*.

Per la medesima ragione appena espressa, deve essere altresì respinta la domanda risarcitoria di cui al *sub c)*, non essendo nemmeno stata, tale ultima domanda, adeguatamente corroborata.

15. Alla luce di tutto quanto precede, s'impone la reiezione integrale del ricorso.

16. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza in relazione alla posizione di (...) S.p.A. e di (...) S.r.l.; tali spese dDevono invece

essere compensate in relazione alle altre parti costituite, essendosi quest'ultime limitate a svolgere mere difese di stile, o comunque prive di un efficace apporto difensivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Roma, Sezione II *bis*), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo rigetta integralmente.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite del presente giudizio in favore di (...) S.p.A. e di (...) S.r.l., che liquida, per ciascuna, nella complessiva somma di € 2.500,00, oltre accessori di legge.

Compensa le spese di lite in relazione alle altre parti costituite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Giuseppe Licheri, Referendario

Christian Corbi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Christian Corbi

IL PRESIDENTE

Pietro Morabito

IL SEGRETARIO